دراسة تمهيدية
في
تحول العقود في الفقه والقانون
دراسة مقارنة وموازنة

إعداد

أ.د. عبد الحميد محمود البعلي

أستاذ الفقه المقارن والاقتصاد الإسلامي
المستشار باللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال
تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية
بالديوان الأميري – دولة الكويت

بحثٌ مقدَّمٌ إلى
« مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول »
دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي
٣١ مايو – ٣ يونيو ٢٠٠٩ م

هذا البحث يعبّر عن رأي الباحث
ولا يعبّر بالضرورة عن رأي دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي

دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي

هاتف: ٦٠٨٧٧٧٧ ٤ ٩٧١+
فاكس: ٦٠٨٧٥٥٥ ٤ ٩٧١+
الإمارات العربية المتحدة
ص. ب: ٣١٣٥ - دبي
mail@iacad.gov.ae
www.iacad.gov.ae

ملخص البحث

تتأكد أهمية هذا البحث في أنه يحقق القدرة الشرعية للعقود على الاستجابة لمتطلبات المصلحة الشرعية العملية، وقد أثبتت هذه الدراسة التمهيدية أن تحول العقود – على أساس أن التخريج أولى عندنا من التكييف – منهج فقهي أصيل ثبت بأدلته في القرآن واللغة واصطلاح الفقهاء وأن تحول العقد في الصناعة الفقهية يعني الانتقال والتغيير والتبدل من عقد إلى آخر وأن مصطلح انقلاب العقد هو الأظهر في لغة الفقهاء قديماً وتختلف أحكام التحول باختلاف مواطنه فقد يتمثل في:

– تحول الوصف أو الحالة وفيها أنواع كثيرة كتحول المضاربة الصحيحة إلى وكالة وإلى شركة وإلى إجارة فاسدة.

– تحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر وفيه أمثلة كثيرة منها:

- تحول الهبة بشرط العوض إلى بيع عند فريق من الفقهاء وما يترتب على عقد البيع من آثار وأحكام الخيار والشفعة ولزوم القبض والرد بالعيب وخيار الرؤية.
- تحول العقد الموقوف إلى عقد نافذ إذا لحقته الإجازة كبيع الفضولي عند من يقول بذلك من الفقهاء.
- الوكيل يصير فضولياً إذا خالف وجاوز الحدود المرسومة لوكالته.
- الوكالة بأجر تصبح إجارة لازمة بالعقد عند فريق من الفقهاء.
- الحوالة بشرط الضمان على الأصيل (المدين) تنقلب حوالة كما ذكر السرخسي وغيره.
- البيع بالإكراه غير الملجئ كالتهديد بالحبس والضرر اليسير يفسد البيع عند الحنفية ولا يبطله فيثبت الملك عند القبض وينقلب صحيحاً لازماً بإجازة المكرَه.

– قاعدة العبرة في العقود للمعاني والمقاصد لا للألفاظ والمباني وما تنطوي عليه من حالات تحول العقد.

- في عقدي البيع والإجارة إذا صرح فيهما ينفي الثمن والأجرة ينقلب عقد البيع هبة والإجارة إعارة عند فريق من الفقهاء .

وهكذا يظهر من الحالات السابقة ونحوها أن تحول العقد وانقلابه صناعة فقهية أصيلة تقوم عليه أمثلة وحالات جزئية كثيرة تؤكد المنهجية الموضوعية للفقه الإسلامي ومرونة العقود فيه لتتسع لأحكام تتحول معها حيث غلب عليها وصفها الصحيح وجاءت محققة لمصلحة العقد كذلك.

هذا على حين أظهرت الدراسة أن نظرية تحول العقد نص عليها في طائفة كثيرة من القوانين الوضعية ولم تنص عليها قوانين أخرى وذلك أخذاً من القانون الجرماني والفقه الجرماني في القرن ١٩ وأخذ بها القانون المدني الألماني في المادة (١٤٠) وحصرها في العمل القانوني الباطل الذي يفي بشروط عمل قانوني آخر وأن هذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان.

ومن هذا النص الوحيد صاغ رجال القانون الألمان وغيرهم نظرية تسمى « نظرية تحول العقد »، وأدخلوا فيها ما أسموه بالعقد القابل للإبطال وشَرطوا لتطبيقها شروطاً جوهرية مجتمعة هي: بطلان التصرف الأصلي وأن ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه مع جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي.

وبذلك أكدت الدراسة أن تحول العقود في الفقه الإسلامي صناعة فقهية أصيلة وأوسع نطاقاً منها في القانون وتتسق مع المنهجية الموضوعية في الفقه الإسلامي العظيم وتدخل في إطار كثير من القواعد الفقهية المستقرة وأن تحول العقد في الفقه الإسلامي إنما يتم بحسب توافر شروطه وأحكامه الفقهية ومراعاة مقصد أطرافه أيضاً.

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

أهمية موضوع البحث

تتأكد أهمية هذا البحث في أنه يحقق القدرة الشرعية للعقود على الاستجابة لمتطلبات المصلحة الشرعية العملية.

كما تتأكد أهمية البحث في إثبات الحقيقة الشرعية لتحول العقود في الفقه الإسلامي وأنها أصيلة فيه من عدمه، وأنها منقولة أو مأخوذة من الفكر والقانون الوضعي ومحاولة إثبات ذلك.

وكذلك تظهر أهمية البحث في استنباط قواعد وضوابط تحول العقد في الفقه الإسلامي من الحالات الجزئية التفصيلية لتحول وانقلاب العقود ومن منهجية الفقهاء في الصناعة الفقهية وتفردها بالموضوعية لا الذاتية أو الشخصية في إطار قواعد كلية وضوابط فرعية حاكمة أو ناظمة لحالات تحول العقد.

ولابد أن ينتهي البحث إلى بيان أي المنهجين أو السبيلين أقوم في خدمة الموضوع وأكثر صلاحية لتشعب حالاته المختلفة ومن ثم تحقيق المصالح المعتبرة من الأعمال والتصرفات.

* * *

المبحث الأول

معنى تحول العقد وحالاته في الفقه الإسلامي

توطئة:

التخريج الفقهي والتكييف القانوني:

في وجازة عجلى حول المصطلح نقول إن منهجية البحث في الفقه المقارن في شريعة الإسلام تمتاز بدقتها وانضباطها وتميزها ابتداء من تحرير المعنى اللغوي للمصطلح...

وحول مصطلح « تخريج » في معاجم اللغة العربية جاء في المعجم العربي الأساسي حرف الخاء: خ ر ج ما يلي:

أولاً: خرّج يخرّج تخريجاً:

١- الاختصاصي الطالب في العلم أو الصناعة: درّبه وعلّمه.

٢- الفقيه المسألة: بيّن وجهها في الحكم الشرعي.

٣- في (مصطلح الحديث) الحديث: ذكر أسانيده وفحصها.

وبذلك يظهر لنا أن دور المخرِّج كاشف ومستنبط للحكم الشرعي على وفق أصول الاجتهاد وضوابط الاستنباط الشرعيةوهوما يؤكده صاحب معجم الوافي (١) بقوله أخرّج المسألة أبان لصحتها وجهاً.

ثانياً: حرف الكاف: ك ى ف:

كيَّف يكيَّف تكييفاً:

١- الشيء: قطَّعَهُ..

---

(١) معجم وسيط اللغة العربية باب الخاء.

٢- ه: جعل له كيفية مخصوصة « كيَّف السياسي الموضوع كما أراد » « كيَّف المصلح عقلية الشعب ».

تكَيَّفَ يَتكيَّفُ تكيُّفا:

١- الشيء: صار على كيفية معينة.

تكْيِيفٌ:

١- مص كَيَّفَ

٢- (قانونيا): تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد ومن ثم فهو منشئ للحكم.

وبذلك يظهر لنا أن المكيِّف يجعل المسألة على كيفية مخصوصة كما أراد المشرع (واضع القانون) مع الظروف وهو ما يؤكد أيضاً صاحب الوافي بقوله:

كيَّفه متكيف أي جعل له كيفية فصارت له. بل يؤكد الواقع القضائي في إطار القانون الوضعي من أن القاضي يستقل بتكييف العقد ابتداء ولكنه ليس مطلقاً بل يقع تحت رقابة محكمة النقض التي قد تغيره وأن تعديل التكييف الخاطئ ليس تحولاً بل تفسير للتكييف الصحيح عما سيأتي (١).

والخلاصة عندنا على أساس ما تقدم هي:

التخريج أولى وأدق في الصناعة الفقهية على غرار ما درج الفقهاء نقول:

- إن التخريج منوط بالكشف عن الحكم الشرعي بطريق الاستنباط من أدلته الشرعية وعلى غرار وضوء الأشباه والنظائر لما له حكم في الفقه الإسلامي ولذلك يغلب استعمال المصطلح في عمل المجتهد والفقيه في المسائل الفقهية.

---

(١) انظر ما سيأتي ص ٣٢، ٣٤ .

- أن التكييف منوط « بالجَعْل » لطبيعة المسألة أو التصرف ولذا يغلب عليه الإنشاء للحكم ابتداء على غير مثال سابق فافترق عن التخريج ولذلك يغلب استخدامه في عمل رجال القانون الوضعي باعتبار أن القوانين الوضعية من عمل العقل البشري ابتداء فاتسق معها مصطلح التكييف لأن طبيعة النظم القانونية تقوم على نظريات عملية فكرية من صنع العقل ابتداء. فضلاً عن دور القاضي في مسائل تحول العقد تدور على الكشف عن نية أطراف العقد في ظل ظروف العقد وأحواله فغلب عليه الطابع الشخصي لا الشرعي.

لهذا نرجح استخدام التخريج لجريانه في عمل الفقهاء ولغتهم في المسائل الفقهية واستخدام التكييف في عمل رجال القانون للمسائل القانونية. ولذلك لم نر مصطلح « التكييف » في لغة الفقهاء قديماً ونحن نستصحب ذلك ولم نر مصطلح « التخريج » في لغة رجال القانون إلا نادراً جداً فلكل نظام منهجيته التي يعمل على أساسها وهو ما نفضله وندعو إليه وليس معنى ذلك إغلاق باب الاستفادة من كلٍ بما لا يلغي أصول صناعة كل نظام وتفرده في أصوله ووسائله ومقاصده .

الفرع الأول: التحول والتحويل في القرآن الكريم:

* يقول الله تعالى: ﴿ خَٰلِدِينَ فِيهَا لَا يَبۡغُونَ عَنۡهَا حِوَلٗا ﴾ [سورة الكهف: ١٠٨].

أي حال كونهم في الجنّة ﴿ لَا يَبۡغُونَ عَنۡهَا حِوَلٗا ﴾ أي لا يطلبون عنها تحولاً والحاصل أن المراد من عدم طلب التحول عنها كونها أطيب المنازل وأعلاها وجوز ابن الزجاج أن يراد نفي التحول والانتقال على أن يكون تأكيداً للخلود أي لا يتحولون عنها فيبغوه وقبل في وجه التأكيد إنهم إذا لم يريدوا الانتقال لا ينتقلون لعدم الإكراه فيها وعدم إرادة النقله عنها فلم يبق إلا الخلود (١).

فدلّنا على أن التحول أكد في الانتقال من حال إلى حال ومن صورة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر .

---

(١) انظر روح المعاني للألوسي ج ٩ ص ٧٤ ط. المكتبة التجارية.

* يقول الله تعالى: ﴿ فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ ٱلضُّرِّ عَنكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا ﴾ [سورة الإسراء:٥٦].

أي فلا يستطيعون بأنفسهم كشف الضرّ عنكم ولا نقله منكم إلى غيركم أو ولا تبديله بنوع آخر (١) . فدلّنا على أن التحويل يعني النقل أو التبديل بنوع آخر.

* يقول الله تعالى: ﴿ سُنَّةَ مَن قَدْ أَرْسَلْنَا قَبْلَكَ مِن رُّسُلِنَاۖ وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا ﴾ [سورة الإسراء:٧٧].

فالسنّة لله عز وجل وأضيفت للرسل عليهم السلام لأنها سنت لأجلهم ويدل على ذلك قوله سبحانه: ﴿ وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا ﴾ حيث أضاف السنة إليه تعالى والتحويل التغيير أي لا تجد لما أجرينا به العادة تغييراً أي لا يغيره أحد (٢) .

فدّل على أن التحويل التغيير لما جرت به العادة.

* يقول الله تعالى: ﴿ فَلَن تَجِدَ لِسُنَّتِ ٱللَّهِ تَبْدِيلًاۖ وَلَن تَجِدَ لِسُنَّتِ ٱللَّهِ تَحْوِيلًا ﴾ [سورة فاطر: ٤٣].

بأن ينقل عذابه من المكذبين إلى غيرهم والفاء لتعليل ما يفيده الحكم بانتظارهم العذاب من مجيئه ونفى وجدان التبديل والتحويل عبارة عن نفي وجودهما بالطريق البرهاني وتخصيص كل منهما بنفي مستقل لتأكيد انتفائهما والخطاب عام أو خاص به عليه الصلاة والسلام. فدّل لنا على أن التحويل يعني التبديل والنقل.

ونخلص من هذه الآيات الكريمات في التوثيق لمعنى التحول والتحويل إلى المعاني التالية:

- الانتقال من حال إلى حال ومن صورة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر.
- النقل أو التبديل بنوع آخر.
- التغيير لما جرت به العادة .

---

(١) انظر روح المعاني للألوسي ج ٩ ص ١٤٢ ط. المكتبة التجارية.

(٢) روح المعاني للألوسي ج ٩ ص ١٩٠ مرجع سابق.

الفرع الثاني: نماذج من حالات التحول وأحكامه في الفقه الإسلامي

الغُصْن الأول: تـحول العقد:

التعريف:

التَّحول في اللغة مصدر تَحول.

ومعناه: التنقل من موضوع إلى آخر.

ومن معانيه أيضاً: الزوال. كما يقال تحول عن الشيء أي: زال عنه إلى غيره.

وكذلك: التغير والتبدل.

والتحويل مصدر حوّل، وهو: النقل من موضع إلى موضع فالتحول مطاوع وأثر للتحويل وهو بمعنى الانتقال (١) .

ويقصد الفقهاء بالتحول ما يقصد به في اللغة (٢) .

ويستفاد لنا مما تقدم أن التحويل لغةً مصدر حوّل الشيء والتحول أثر للتحويل ومطاوع له وتدور معانيه على: النقل والتغيير والتبديل.

الألفاظ ذات الصلة بالتحول والتحويل:

١ - الاستحالة: من معانيها تغير الشيء عن طبعه ووصفه أو عدم الإمكان (٣) فالاستحالة قد تكون بمعنى التحول كاستحالة الأعيان النجسة من الخمر والخنزير وتحولها من أعيانها وتغير أوصافها وذلك بالاحتراق أو بالوقوع في شيء.

---

(١) مختار الصحاح، الصحاح في اللغة والعلوم، لسان العرب مادة: «حول» - المصباح المنير الحاء مع الواو وما يثلثهما ص ٢٤٤ التعريفات للجرجاني ص ٩٩.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ج ١٠ ص ٢٧٨ .

(٣) المصباح المنير مادة « حول « ومادة « نقل » .

٢- النقل: تحويل الشيء من موضع إلى موضع والأصل فيه النقل من مكان إلى مكان وقد يستعمل في الأمور المعنوية كالنقل من صفة إلى صفة وكنقل اللفظ من الاستعمال الحقيقي إلى الاستعمال المجازي (١).

٣- التبديل والإبدال والتغيير: وهي أن يجعل مكان الشيء شيء آخر أو تحول صفته إلى صفة أخرى والتغيير إما في ذات الشيء أو جزئه أو الخارج عنه (٢) وهذه الألفاظ متقاربة في المعنى إلا أن التحويل يستعمل في تبديل ذات بذات أخرى (٣) وإن كان من معانية التغيير.

٤- انقلاب العقد: وهو الأظهر في لغة الفقهاء قديماً.

الغُصْن الثاني:

التحول تعتريه أحكام كثيرة تختلف باختلاف مواطنها منها (٤):

أولاً : تحول العين وأثره في الطهارة والحِل وأقوال الفقهاء في ذلك:

مثل: نجس العين يطهر بالاستحالة (تغير الشيء عن طبعه ووصفه) أو لا يطهر بها ونظائر ذلك كثيرة كالعلقة إذا تحولت إلى مضغة والعصير إذا تحول خمراً .

ثانياً : تطهير الجلد بالدباغ:

فلا خلاف بين الفقهاء في نجاسة جلد الميتة قبل الدباغ (الإهاب)، وإنما اختلفوا في طهارته بعده.

ثالثاً : تحول الوصف أو الحالة: وفيها أنواع كثيرة مثل:

---

(١) الفروق ص ١٣٩ .

(٢) الكليات لأبي البقاء الكفوي ص ٢٩٤ لفظ التحويل ط. مؤسسة الرسالة.

(٣) التعريفات ص ٩٩ ط. لبنان سنة ١٩٩٠م.

(٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ج ١٠ .

٣/ ١ تحوّل الماء الراكد إلى جارٍ وأقوال الفقهاء في ذلك.

٣/ ٢ التحول إلى القبلة أو عنها وأقوال الفقهاء في ذلك.

٣/ ٣ التحول من القيام إلى القعود في الصلاة ومنه إلى الاستلقاء أو الاضجاع من فروع قاعدة « المشقة تجلب التيسير » وتفصيل الفقهاء في ذلك.

٣/ ٤ تحول المقيم إلى مسافر وعكسه وأقوال الفقهاء فيه.

٣/ ٥ التحول عن الواجب إلى البدل كالزكاة: فيجوز للمالك أن يدفع العين أو القيمة من النقدين والعروض وغير ذلك ولو مع وجود المنصوص عليه لقوله تعالى: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً ﴾ [سورة التوبة:١٠٣].

نص على أن المراد بالمأخوذ (صَدَقَةً) وكل جنس يأخذه فهو صدقة.

ولقول معاذ بن جبل لأهل اليمن حين بعثه النبي ﷺ: « ائتوني بعرض ثياب خميص أو لبيس في الصدقة مكان الشعير والذرة أهون عليكم وخير لأصحاب النبي ﷺ بالمدينة »(١) وكان يأتي به رسول الله ﷺ ولا ينكر عليه.

* تحول فريضة الصوم إلى فدية.

٣/ ٦ قد ينقلب الواجب تطوعاً: قد ينقلب واجب العبادات إلى تطوع كالصلاة بتغير النية.

---

(١) أخرجه البخاري (فتح الباري ٣/ ٣١١ ط السلفية - عمدة القارئ ٩/ ٤ ط المنيرة والنهاية لابن الأثير مادة « خمس » - الموسوعة الفقهية مرجع سابق ص ٢٨٤ .

٣/ ٧ انقلاب التطوع إلى واجب: بالشروع والالتزام أو التعيين بالنية والقول كالأضحية فهي سنة لكنها قد تجب بالالتزام. وكالنذر.

رابعاً : وهناك أمثلة أخرى للعقود المتحولة منها:

٤/ ١ – تحول المضاربة الصحيحة: إلى وكالة بالنسبة لتصرفات المضارب(١) وإلى شركة إن ربح المضارب. وإلى إجارة فاسدة إن فسدت (٢) .

تحول المضاربة من عامة مطلقة إلى خاصة مقيدة نص عليه الماوردي وعلله بأن العقد ينعقد جائزاً وليس بلازم (٣). وكذلك تظهر فكرة تحول العقد في المضاربة من قولهم المضاربة عقد ابتداء وشركة عند حصول الربح انتهاء وهي بهذا شركة في الربح ومن ثم تنطوي المضاربة على فكرتي العقد والشركة (٤) .

٤/ ٢ – تحول السلم إلى بيع مطلقاً إذا كان المسلم فيه عيناً في قول عند الشافعية. وإلى هبة لو قال: بعت بلا ثمن والأظهر البطلان (٥) .

٤/ ٣ – تحول الاستصناع سلماً إذا ضرب فيه الأجل عند بعض الحنفية حتى تعتبر فيه شرائط السلم (٦) .

٤/ ٤ – تحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر ومن أمثلة ذلك:

---

(١) ولذلك يرى جمهور الفقهاء في الجملة أن تصرفات المضارب منوطه بالمصلحة كالوكيل - بدائع الصنائع ٦/ ٨٧، ٩٢ – وحاشية ابن عابدين ٣/ ١٩ - الموسوعة الفقهية مرجع سابق.

(٢) الشرح الصغير ٣/ ٦٨١ - روضة الطالبين ٥/ ١٤١ - المغني ٥/ ٦٣ - ٦٤ .

(٣) المضاربة للماوردي ص ١٥٧ .

(٤) حاشية ابن عابدين ٨/ ٣١٥، ٣١٦ - المحلي على المنهاج ٣/ ٥٥ - نهاية المحتاج ٤/ ١١٨ .

(٥) روضة الطالبين ٤/ ٦ - الوجيز ١/ ١٥٤ .

(٦) حاشية ابن عابدين ٤/ ٢١٢ .

- الهبة بشرط العوض وأقوال الفقهاء في ذلك:

* ذهب الحنفية والحنابلة وهو الأظهر من المذهب عند الشافعية إلى أن الهبة إذا كانت بشرط العوض يصح العقد ويتحول إلى بيع، فيثبت فيه الخيار والشفعة ويلزم قبل القبض ويرد بالعيب وخيار الروية (١).

ويقول الكمال بن الهمام:

وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض (٢).

وفي هذا القدر من أقوال الفقهاء أثبتنا فكرة تحول العقد في هذا المثال.

* وفي قول للشافعية: يبطل العقد لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها.

* وذهب المالكية إلى أن هبة الثواب بيع ابتداء ولذا لا تبطل بموت الواهب قبل حيازة الهبة، ولا يجوز أن يثاب عن الذهب فضة أو العكس لما يلزم عليه من الصرف المؤخر ما لم يحدث التقابض في المجلس. وفي كون العوض معلوماً او مجهولاً. وكذلك في كونها بيعاً ابتداء أو انتهاء تفصيل ليس هنا مكانه.

٤/ ٥ - تعليق الهبة على شرط يصيّر العقد وعداً (٣).

٤/ ٦ - تحول العقد الموقوف إلى عقد نافذ وأقوال الفقهاء في ذلك: ذهب الحنفية والمالكية وهو قول للشافعية ورواية عند الحنابلة إلى أن بيع الفضولي ينعقد موقوفاً على إجازة المالك فإذا

---

(١) كشاف القناع ٤/ ٣٠٠ .

(٢) تكملة فتح القدير ٧/ ٥١٠ ط دار إحياء التراث العربي.

(٣) المغني لابن قدامه ٤٤٥٠ .

أجازة المالك أصبح نافذاً وإلاّ فلا وإليه ذهب إسحاق بن راهوية (١) . وفي هذا القدر من أقوال الفقهاء يثبت تحول العقد.

وقد فصل القائلون بانعقاد بيع الفضولي وليس هنا مكانه.

٤/ ٧ – تحول الدين الآجل إلى حال ومواطن ذلك كثيرة وأقوال الفقهاء في ذلك: الموت والتفليس: ففي حال الموت ذهب الحنفية والمالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة: إلى أن الدين الآجل يتحول بالموت إلى حال لانعدام ذمة الميت وتعذر المطالبة، وبه قال الشعبي والنخعي والثوري (٢) .

وفي حال التفليس ذهب المالكية وقول للشافعية ورواية عند الحنابلة ذكرها أبو الخطاب إلى أن من حجر عليه لإفلاسه يتحول دينه الآجل إلى حال لأن التفليس يتعلق به الدين بالمال فيسقط الأجل كالموت (٣) .

٤/ ٨ – تحول الوقف عند انقطاع الموقوف عليه (٤):

ذهب عامة الفقهاء إلى أن التأبيد شرط في الوقف وأن الوقف الذي لا خلاف في صحته: ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعل نهايته إلى جهة لا تنقطع كأن يجعل آخره على المساكين أو طائفة منهم فإنه يمتنع بحكم العادة انقراضهم. واختلفوا فيما لو انقطع الموقوف عليهم.

---

(١) ابن عابدين ٤/ ١٣٥ وما بعدها – القوانين الفقهية ص ٢٥٠ - المغني ٤/ ٢٢٧ – روضة الطالبين ٣/ ٣٥٣.

(٢) ابن عابدين ٥/ ٤٨٣ – الشرح الصغير ٣/ ٣٥٣ وما بعدها – القوانين الفقهية ٣٢٣ - المغني ٤/ ٤٨١، ٤٨٢ .

(٣) المراجع السابقة.

(٤) هذه الصورة ذكرتها الموسوعة الفقهية الكويتية (ج ١٠ ص ٢٨٨) ونراها بعيدة عن تحول العقد وأن الأقرب والأبلغ منها هو حالة الاستبدال بالموقوف وأقوال الفقهاء فيه.

* بيع الموقوف والاستبدال به: إذا تعطل الموقوف وصار بحالة لا ينتفع بها وفي الجملة فقد أجاز الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في رأي، بيعه وجعل ثمنه في مثله أي الاستبدال به وأجاز الحنفية البيع والاستبدال ولم يتعطل الموقوف لكن بشروط خاصة، وفرق المالكية بين العقار والمنقول (١)(٤) . وقد أوردنا حالة استبدال الموقوف ضمن حالات التحول باعتبار أن التبديل والإبدال من الألفاظ ذات الصلة بالتحول ومشمولة بمعانية.

خامساً: الحوالة وكالة:

عند الحنابلة أن المحيل إذا أحال شخصاً غير مدين له على من عليه دين للمحيل فهو وكالة جرت بلفظ الحوالة (٢) .

وتنص المادة (٨٦٦) من مرشد الحيران على أنه: « يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديوناً للمحتال وإلا فهي وكالة ولا يشترط أن يكون المحتال عليه مديوناً للمحيل بل إذا رضى بالحوالة صحت والتزم بالدين للمحتال ولو لم يكن المحتال عليه مديوناً للمحيل » (٣) .

٥ جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤) ما يلي:

سادساً: اعلم أن التوكيل على اقتضاء الدين تارة يكون إجارة وتارة يكون جعالة:

ففي الإجارة لا بد من بيان القدر للموكل على اقتضائه، وأن يبين من عليه الدين ليعلم حين العقد هل هو معسر أو موسر أو مماطل أولاً.....

وأما في الجعالة فالواجب بيان أحد الأمرين إما القدر أو من عليه الدين.

---

(١) انظر في تفصيل ذلك الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٤٤ ص ١٩٤ وما بعدها.

(٢) انظر الرهوني على خليل ٥/ ٣٩٧، ٤٠٢، ٤٠٣ - المنتقي للباجي على الموطأ ٥/ ٦٧ كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٣٨٤ - الموسوعة الفقهية ج ١٨/ ٢٠٥ .

(٣) يستفاد من رد المحتار من أوائل الحوالة نمرة ٢٩٠ .

(٤) ج ٣ ص ٣٩٧ ط. دار إحياء الكتب العربية - مصر.

وليس المراد وقوعها بلفظ إجارة أو جعالة وإنما المراد أن العقد وقع على صورة الإجارة بأن عيّن الزمان أو العمل، أو على صورة الجعالة بأن لم يعين الزمان. ولذا قال المصنف أو إن وقعت بأجرة أو جُعْل ولم يقل أو إن كانت إجارة أو جعالة.

سابعاً: انقلاب الوكالة إلى فضالة ويصير الوكيل فضوليا إذا خالف الوكيل وجاوز الحدود المرسومة لوكالته (١) ويتوقف العقد على إجازة الموكل، جاء في البحر الرائق: وكيل شراء العين جاء إلى مالكه فقال: بعت هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لأنه خالف أمره الا ترجع العهدة إليه وقد رجع قال أبو القاسم الصفار والصحيح أن الوكيل يصير فضولياً.

ثامناً: الوكالة بأجر تتحول إلى إجارة:

إذا كانت الوكالة بجعل وعوض وأجرة تصبح إجارة لازمة بالعقد عند فريق من الفقهاء(٢).

تاسعاً: خروج العقد من الجعالة إلى الإجارة:

في حالة إذا جعل للعامل الجعل بتمام الزمن المحدد في العقد سواء أتم العمل أم لا (٣).

عاشراً: الوديعة تصبح عارية مع الإذن بالاستعمال، والعارية تنقلب قرضاً إذا كان الشيء مما يستهلك بالاستعمال:

إذا كان الوديع مأذوناً بالاستعمال تصبح الوديعة عارية.

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ومنحة الخالق عليه لابن عابدين ج ٧ ص ١٤٨، ١٦٧ .

(٢) الخرشي ٦/ ٨٦- المغني ٥/ ٩٤ - ابن جزي ص ٣٣٤ - ابن رشد الجد م٣/ ٥٨ - حاشية البيجرمي ٣/ ٥٤ - الخطاب في حاشية البيجرمي ٥/ ١٨٨ .

(٣) الموسوعة الفقهية ١٥/ ٢١٦ .

وإذا كان الشيء نقوداً أو مالاً مثلياً مما يهلك بالاستعمال فإن العارية تنقلب قرضاً (١) .

أحد عشر: الإعارة إذا اشترط فيها العوض تنقلب إجارة.

اثنى عشر: تـحول القرض إلى وصيّة:

لو أقرض رجل دراهم وقال: إذا مت فأنت في حلٍ كانت وصية (٢).

ثالث عشر: الحوالة تنقلب كفالة:

الحوالة بشرط الضمان على الأصيل (المدين) تنقلب كفالة كذا في محيط السرخسي (٣).

وجاء في البدائع (٤): كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به.

وجاء في الموسـوعة الفقهية الكويتية (٥): كل من المحال عليه والكفيل قد التزم ما هو أهل لالتزامه وقادر على تسليمه وكلاهما طريق لتيسير استيفاء الحق. ولنا أن كلاهما من وسائل الضمان في الفقه الإسلامي.

رابع عشر: انقلاب عقد القرض بزيادة إلى بيع ربوي:

لو أقرضه لأجل بشرط أن يرد إليه مبلغ القرض بزيادة فهذا لا خلاف بين الفقهاء على تحريمه لأن العقد ينقلب في هذه الحال من قرض بالاصطلاح الفقهي الإسلامي إلى بيع ربوي.

---

(١) البهوتي في كشاف القناع ٤/ ١٤١ - تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/ ٢٨٤ - الكاساني في البدائع ٨/ ٢٨٩٩- المبسوط للسرخسي ١١/ ١٤٥ - المغني لابن قدامه ٥/ ٢٠٧ .

(٢) المغني لابن قدامه ج ٤ / ٢١٣ بند ٣٢٦٨ - ط. دار الفكر.

(٣) الفتاوى الهندية ٣/ ٢٧٨ ط. دار إحياء التراث العربي.

(٤) البدائع ٦/ ١٦ - ١٧ ط. دار الكتاب العربي.

(٥) ج ١٨/ ١٧١ .

القرض بفائدة في لغة المصارف عقد معاوضة ومشاحة الأجل عنصر لازم فيه، إما القرض في اصطلاح فقهاء الشريعة فهو عقد تبرع وإرفاق والأجل ليس بلازم فيه. ويقول الكاساني فلو لزمه الأجل لم يبق تبرعاً فيتغير المشروط بخلاف الديون (١).

خامس عشر: البيع بالإكراه غير الملجئ ينقلب صحيحاً لازماً بإجازة المكرَه:

الإكراه غير الملجئ كالتهديد بالحبس والضرر اليسير يفسد البيع عند الحنفية ولا يبطله فيثبت به الملك عند القبض وينقلب صحيحاً لازماً بإجازة المكرَه لأن غير الملجئ لا يعدم الاختيار (الذي هو ترجيح فعل الشيء على تركه) وإنما يعدم الرضا (الذي هو الارتياح إلى الشيء).

سادس عشر: الحق الشخصي ينقلب حقاً عينياً:

يقول علاّمة القانون الوضعي د. السنهوري: الفقه الإسلامي يعرف نوعاً من الحق العيني كان في الأصل حقاً شخصياً ثم انقلب حقاً عينياً ويتحقق ذلك في حالات: الحجر ومرض الموت والموت.

ففي هذه الحالات تتعلق ديون الشخص بهذا المال وانقلبت هذه الديون من حقوق شخصية إلى حقوق عينية فهي تتركز في أموال المدين وتتعلق بماليتها لا بذوات أعيانها وللدائنين حق تتبع هذه الأموال ويتقدمون في استيفائها (٢).

سابع عشر: الحوالة تتحول حمالة:

جمهور الفقهاء لا يذهب إلى تقسيم الحوالة إلى مطلقة ومقيدة وإن كانت بعض الحالات عندهم يصدق عليها أنها حوالة مطلقة فمن الجائز عندهم وعلى المرجوح عند المالكية والشافعية

---

(١) الكاساني ٧/ ٣٩٦ - بحث الشيخ صالح الحصين - بمجلة البحوث الإسلامية العدد ٣٥ .

(٢) مصادر الحق ج ١ ص ٣٣ - دار النهضة العربية - مصر.

حوالة على غير مدين بشرط رضاه تترتب عليها أحكامها وفي مقدمتها سقوط دين المحيل وبراءة ذمته.

ولكن ابن الماجشون وهو صاحب الرأي المرجوح عند المالكية قد اشترط أن تقع الحوالة بلفظها وإلا فهي حمالة أي ضمان (كفالة) (١). والذي رجحه المالكية والشافعية والحنابلة أن هذا من قبيل الضمان وليس من الحوالة في شيء ولو استعمل لفظها (٢) ويفرّع المالكية على هذا الذي رجحوه قائلين:

« لو أعدم – أي أفلس – المحال عليه لرجع المحال على المحيل - إلا أن يعلم المحال أنه لا شيء للمحيل على المحال عليه، ويشترط المحيل براءته من الدين فلا رجوع له عليه ».

وليس الإعدام – أي الفقر – شريطة حتمية عندهم ليثبت حق الرجوع بل مثله الموت وكل سبب يتعذر به استيفاء الحق من المحال عليه وهذه طريقة أشهر. وعليها تعويلهم في هذا الحكم خلافاً لابن القاسم فيرى عدم الرجوع مطلقاً (٣).

ثامن عشر: تقيد الحوالة بألفاظ معينة نوع من التحول:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وأكثر المالكية إلى أن الحوالة لا تتقيد بألفاظ معينة في عقد الحوالة ولذا قالوا: إن الكفالة بشرط أن يبرأ الأصيل حوالة، والحوالة بشرط ألا يبرأ الأصيل كفالة فيتبع المعنى جريان أحكام الحوالة أو الكفالة (٤).

---

(١) المنتقي للباجي على الموطأ ٥/ ٦٨.

(٢) مغني المحتاج على المنهاج ٢/ ١٩٤ – المغني لابن قدامه ٥/ ٥٧.

(٣) الخرشي على خليل ٤/ ٢٣٣ – الموسوعة الفقهية ج ١٨ ص ١٧٩ وما بعدها.

(٤) البحر الرائق ٦/ ٢٣٩ – مجلة الأحكام العدلية م ٦٤٨ و م ٦٤٩ ومرشد الحيران م ٨٩١ - الفتاوى الهندية ٣/ ٣٠٤.

تنص المادة (٦٤٨) من مجلة الأحكام العدلية على أن [١]:

« لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب إلى الحوالة. ويصبح الأصيل بريئاً من المكفول به وليس للطالب مطالبة سوى الكفيل – المحال عليه – وكذلك لا يطالب في الحوالة الأصيل – المحيل مع الكفيل – المحال عليه » .

وتنص المادة (٦٤٩) من مجلة الأحكام العدلية على أن:

« الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة فلو قال أحد للمدين أحل بمالي عليك من الدين على فلان بشرط أن تكون أنت ضامناً أيضاً فأحالة المدين على هذا الوجه فالطالب أن يأخذ طلبه ممن شاء » .

ويقول شارح المجلة هذا العقد عقد كفالة مجازاً والمحال عليه هو الكفيل.

وعلى تحول الكفالة والحوالة وانقلابهما تنص المادة (٩٥٨) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م على:

« الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ».

تاسع عشر: تحول شراء الفضولي لغيره إلى شرائه لنفسه:

فعند الحنفية إذا اشترى الفضولي لغيره ولم يضف العقد إلى من اشترى له تحوّل العقد شراء للفضولي نفسه، وعند المالكية فشراء الفضولي لا يتحول وينعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة من اشترى الفضولي له فإن امتنع عن الإجازة تحول العقد شراء للفضولي نفسه إلا أن يكون الفضولي أشهد عند الشراء أنه إنما يشتري لغيره بعلم من البائع أو صدَّق البائع الفضولي فيما ادعاه من ذلك.

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام - علي حيدر كتاب الكفالة ص ٦٧٩ ط. دار الكتب العلمية بيروت.

عشرون: البيع إقالة:

لو باع المبيع للبائع قبل قبضة بمثل الثمن الأول فهو إقالة بلفظ البيع. وقال القاضي حسين إن اعتبرنا اللفظ لم يصح وإن اعتبرنا المعنى فإقالة (١).

إحدى وعشرون: تنقلب شركة المفاوضة عناناً إذا فقدت أياً من شروطها أو اشترط فيها شرط فاسد (٢).

اثنى وعشرون: قاعدة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني وما فيها من حالات تحول العقد:

تنص عليها المادة الثالثة من مجلة الأحكام العدلية وتقول في شرحها: ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء. ويفهم من هذه المادة أنه عند حصول العقد لا ينظر على الألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الألفاظ إلاّ قوالب للمعاني (٣).

أمثلة:

١/٢١ بيع الوفاء:

استعمال كلمة البيع فيه التي تتضمن تمليك المبيع للمشتري أثناء العقد لا يفيد التمليك لأنه لم يكن مقصوداً من الفريقين بل المقصود به إنما هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع

---

(١) السيوطي - الأشباه والنظائر ص ١١١، ١١٣ .

(٢) الفتاوى الهندية ٢/ ٣٠٨ .

(٣) تنص عليها المادة (١٣٦) من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد والمادة ٢١٤ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م المأخوذ من الشريعة الإسلامية.

وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين ولذلك لم يخرج العقد عن كونه عقد رهن فيجري به حكم الرهن ولا يجري حكم البيع.

بناء على ما تقدم يحق للبائع بيعاً وفائياً أن يعيد الثمن ويسترد المبيع، كما أنه يحق للمشتري أن يعيد المبيع ويسترجع الثمن، ولو كان البيع بيعاً حقيقياً لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق من الطرفين على إقالة البيع (١).

٢١/ ٢ لو اشترى شخص من « بقال » رطل سكر وقال له خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى أحضر لك الثمن فالساعة لا تكون أمانة عند البقال بل يكون حكمها حكم الرهن وللبقال أن يبقيها عنده حتى يستوفى دينه فلو كانت أمانة كما ذكر المشترى لحقّ له استرجاعها من البائع بصفتها أمانة يجب على الأمين إعادتها.

٢١/ ٣ لو قال شخص لآخر وهبتك هذه الفرس أو الدار بمائة فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة وتجري فيه أحكام البيع فإذا كان المبيع عقاراً تجري فيه أحكام الشفعة وغيرها من أحكام المبيع.

٢١/ ٤ لو قال شخص لآخر أعرتك هذا الفرس لتركبه إلى مكان كذا بمبلغ كذا فالعقد يكون عقد إيجار لا عقد إعارة رغما من استعمال كلمة الإعارة في العقد لأن الإعارة تمليك منفعة لا عوض وهنا يوجد عوض.

٢١/ ٥ لو قال شخص لآخر قد أحلتك بالدين المطلوب مني على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة حتى يدفع المحال عليه لك الدين فالعقد هذا لا يكون عقد حوالة لأن الحوالة هي تقل ذمة إلى ذمة أخرى وهنا بقيت ذمة المدين مشغولة والذي جرى إنما هو ضم ذمة أخرى فأصبح المحال عليه كفيلاً بالدين والمدين أصيلاً.

---

(١) شرح المجلة لعلي حيدر مرجع سابق ص ١٨ .

٦/٢١ لو أعطى شـخص لآخر عشر كيلات حنطة بعشر ليرات وقال له قد أعرتك إياها فيكـون قد أقرضها له ويصبح للمسـتعير حق التـصرف بالمال أو الحنطة المعـارة له مع أنه ليس للمستعير التصرف بعين المال المعار بل له حق الانتفاع به دون استهلاك العين.

مستثنيات القاعدة:

لهذه القاعدة مستثنيات هي:

لو باع شـخص شـيئاً لآخر مع نفي الثمن بقوله قد بعتك هذا المال بدون ثمن يكون البيع باطلاً ولا يعتبر العقد هبة . كذلك لو أجر شخص آخر فرساً بدون أجرة تصبح الإجارة فاسدة ولا تكـون عاريـة لأن الإجارة تفيـد بيع المنفعة بعوض والعارية تفيد عـدم العوض وبما أن بَين معنى اللفظين تضاداً (إجارة عارية) فلا يجوز استعارة لفظ الإجارة في الإعارة.

ومن أمثلة انقلاب العقد في الفقه الإسلامي أيضاً ما يلي(١):

بطـلان البيع والإجارة إذا صُرِّح في عقدهما بنفـي الثمن والأجرة صراحة بأن قال العاقد: بعتـك هذا الشيء بلا ثمن أو قـال: آجرتك إياه بلا أجرة، وذلك لأنهما من عقود المعاوضة التي تقوم على أساس بدلين متقابلين فإذا نفى الثمن صراحة انتفت حقيقة العقد وهي المعاوضة.

ثم اختلفوا بعد تقرير بطلان البيع والإجارة:

❊ هل ينقلب العقد فينعقد البيع هبة والإجارة إعارة؟

❊ وهل ينقلب البيع إعارة أيضاً إذا كان فيه توقيت مع نفي البدل كما لو قال: بعتك منفعة هذا الشيء شهراً بلا ثمن، أو لا ينقلب العقد في شيء من ذلك.

---

(١) انظر المدخل الفقهي العام للزرقاء ج٢ ص ٦٦٠ ط. دار الفكر.

ذهب فريق من الفقهاء إلى هذا الانقلاب تنزيلاً على القاعدة العامة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

وذهب آخرون إلى عدم هذا الانقلاب بحجة أن العقد الأصلي هنا باطل لانعدام الركن وهو المال من أحد الجانبين فلم يكن بيعاً فهو معدوم والانقلاب لا يكون في معدوم، وهذا هو الرأي الظاهر الترجيح في الاجتهاد الحنفي⁽¹⁾.

ويرى المرحوم الشيخ الزرقاء أن الرأي الأول أوجه والقواعد الفقهية تؤيده فمن القواعد المقررة أن إعمال الكلام خير من إهماله ما أمكن ⁽٢⁾ ومن صور إعمال الكلام: حمله على المجاز إذا تعذرت الحقيقة ⁽٣⁾، فيعتبر التعبير بالبيع والإجارة مجازاً عن الهبة والإعارة، وأن المجاز في العقود معهود حتى لقد صرح الفقهاء في النكاح - على خطورة موضوعه - أنه ينعقد بلفظ البيع على سبيل المجاز في التعبير ⁽٤⁾ .

* * *

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤، ٥ أول كتابي العارية والإجارة. ففي ج ٥ كتاب العارية ونقل الرملي في حاشية البحر عن إجارة البزازية لا تنعقد الإعارة بالإجارة حتى لو قال آجرتك منافعها سنة بلا عوض تكون إجارة فاسدة لا عارية.

وفي كتاب البيوع آخر ج ٤، وأول ج ٥ باب البيع الفاسد وبطل بيع صرّح نفي الثمن فيه لانعدام الركن وهو المال من أحد الجانبين فلم يكن بيعاً وقيل ينعقد لأن نفيه لم يصح لأنه نفي العقد فصار كأنه سكت عن ذكر الثمن وفيه ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض وذلك لأن العقد إذا بطل بقى الملك بالقبض بإذن المالك وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدي وصحح في القنية ضمانه وقال في الدر وقيل يكون مضموناً لأنه يصير كالمقبوض على سوم الشراء وهو أن يسمى الثمن.

(٢) مجلة الأحكام العدلية م ٦٠ .

(٣) المجلة رقم ٦١ .

(٤) الهداية وشروحها ٣/ ١٠٧ .

المبحث الثاني

نظرية تحول العقد في القانون Conversion du Contrasts

الفرع الأول: النصوص القانونية:

الغُصْن الأول: القوانين التي أخذت بالنظرية:

تنص المادة (١٤٤) من القانون المدني المصري على أنه:

« إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد ».

وهذا النص كما يقول منشؤه (١) يقرر في عبارة عامة نظرية تحول العقد وهي نظرية ألمانية صاغها الفقهاء الألمان في القرن ١٩ وأخذ بها القانون المدني الألماني في نص صريح هو المادة (١٤٠)(٢) وعلى نهجه سار القانون المدني المصري الجديد والقوانين الوضعية التي حذت حذوه.

وتنص المادة (١٩١) من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠م (٣) على:

« ١ - إذا بطل العقد أو أبطل وأمكن أن تستخلص منه الأركان اللازمة لعقد آخر غيره قام هذا العقد الآخر.

---

(١) مصادر الحق للدكتور السنهوري ج ٤ ص ١٠٧ .

(٢) سيأتي بيان ذلك.

(٣) ينص في المادة الأولى / ٢ منه بعد تعديلها بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦م المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ٢٥٩ بتاريخ ٢/ ٦/ ١٩٩٦م والذي رفعته إلى صاحب السمو الشيخ جابر الأحمد الجابر الصباح رحمه الله تعالى رحمة واسعة اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الديوان الأميري بدولة الكويت.

٢- ويعتبر الرضا بالعقد الذي يصير التحول إليه متوافراً إذا تبين أن المتعاقدين كانا يريدانه لو علما ببطلان العقد الذي قصدا في الأصل إبرامه ».

وتنص المادة ٢٠٩ من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد المأخوذ من الشريعة الإسلامية على:

« العقد الباطل في صورته إذا توافرت فيه أركان عقد آخر فإنه ينعقد به ذلك العقد الآخر إذا تبين أن نية العاقدين كانت تنصرف إليه ».

وتنص المادة ٢١٠/ ٢ من المشروع السابق على:

« ٢- إذا كان سبب فساد العقد قابلاً للزوال وزال قبل الفسخ انقلب العقد صحيحاً ».

وتنص المادة ١٣٥ من مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية في مصر على:

« إذا كان العقد باطلاً أو موقوفاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد»(١).

وتنص المادة رقم ٩٥ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م(٢) في جمهورية السودان على:
« إذا كان العقد باطلاً أو موقوفاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد».

---

(١) ورد في مذكرتها الإيضاحية أنها تقابل المادة ١٤٤ من القانون المدني الحالي وتقابلها المادة ١٤٠ مدني عراقي بنفس النص مع حذف عبارة أو موقوفاً ونص في المذكرة الإيضاحية أيضاً أن المادة المقترحة تتناول نظرية تحول العقد وقد ورد في الفقه الإسلامي بعض تطبيقات لهذه النظرية.

(٢) نص القانون في المادة الثالثة على أن: تسترشد المحاكم في تطبيق أحكام هذا القانون وتفسير الكلمات والعبارات الواردة فيه وكذلك في حالات غياب النص بالمبادئ الشرعية وتتبع القواعد المنصوص عليها في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٣م.

وتنص المادة (١٤٥) من القانون المدني السوري على أنه:

« إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإنه يكون صحيحاً باعتبار ذلك العقد الذي توافرت فيه أركانه إذا تبين أن نية العاقدين كانت تنصرف إليه» .

الغُصْن الثاني: ولم ينص على نظرية تحول العقد:

١ - القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢م المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٧ ج ١) لسنة ٢٠٠٢م، والمأخوذ من الشريعة الإسلامية حسبما نص على ذلك في المادة رقم (١) منه.

٢ - قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة قانون اتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥م والذي ينص في مادته الأولى على أنه إذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، ونص في مادته الثانية على: يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: تعريف التحول وشروطه في القانون:

الغُصْن الأول: تعريف التحول في القانون:

يعرّف البعض تحول العقد بأنه (١):

عبارة عن تغيير في وصف العقد من شأنه أن يرتب له جميع آثاره بالرغم من البطلان الذي لحقه عندما كان على وضعه الأصلي.

وهو نوع من تأويل العقد بما يرجع به إلى تحقيق المقصود منه فيصبح بذلك التزاماً غير الذي اقتضاه ظاهر التحرير وتجرى عليه القواعد المقررة لذلك الالتزام (٢) .

ولكننا نرى أن تعريف التحول في إطار نظريته في القانون الوضعي يجب أن يستجمع شرائطه التي أوردها رجال القانون والتي سنسردها تفصيلاً وتدقيقاً فيما يلي:

---

(١) النظرية العامة للالتزامات د. محمد الزين ص ٢٢٩، ٢٣٠ تونس سنة ١٩٩٣م.
(٢) وقد تبنى القانون التونسي هذه النظرية أخذاً عن القوانين الألمانية والسويسرية والإيطالية.

وتتلخص النظرية كما يقول أ.د. عبد الرزاق السنهوري في أن التصرف الباطل قد ينطوي رغم بطلانه على عناصر تصرف آخر فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى هذا التصرف الآخر وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً لا كواقعة مادية بل كتصرف قانوني ولكنه أنتج أثراً عرضياً لا أثراً أصلياً.

الغُصْن الثاني: شروط التحول في القانون:

ويشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر اجتماع شروط ثلاثة هي (١):

أولاً: بطلان التصرف الأصلي:

يجب أن يكون التصرف الأصلي إما باطلاً وإما تصرفاً قابلاً للإبطال وقد أبطل فعلاً. ولا يجوز أن يكون تصرفاً صحيحاً ولا تصرفاً باطلاً في شق منه صحيحاً في الشق الآخر، مثل: عقد رهن حيازة صحيح في ورقة رسمية ويتبين أن كلا من الراهن والمرتهن كان يؤثر أن يكون الرهن رهناً رسمياً لا رهن حيازة فلا يتحول رهن الحيازة إلى رهن رسمي في هذه الحالة لأن رهن الحيازة وقع صحيحاً ولا يتحول إلا التصرف الباطل.

كذلك العقد الصحيح المعلق على شرط واقف أو على شرط ناسخ إذا تخلف الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ فسقط العقد لا يتحول إلى تصرف آخر لأن العقد صحيح وأراد المتعاقدان أن يعلقان على هذا الشرط ولا يريدان إذا سقط العقد بمفعول الشرط أن يتحول إلى عقد آخر.

وإذا كان التصرف باطلاً في شق منه صحيحاً في الشق الآخر وكان التصرف قابلاً للانقسام لم يكن هناك محل لتحول التصرف بل لانتقاصه فيبقى الجزء الصحيح ويزول الجزء الباطل.

أما إذا كان التصرف غير قابل للانقسام فإنه يبطل بأكمله وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحول التصرف الذي أبطل بأكمله إلى تصرف آخر كما قد يكون هناك محل في حالة الانتقاص لتحول الجزء الباطل وحده إلى تصرف آخر مع استبقاء الجزء الصحيح.

---

(١) مصادر الحق للسنهوري ج ٤ ص ١٠٩ ط. دار النهضة العربية - بتصرف.

ثانياً : أن ينطوي التصرف الأصلي الباطل على عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه:

(١) فيجب أن يكون هناك تصرف آخر يتحول إليه التصرف الأصلي بمعنى أن تكون عناصر العقد الجديد قد توافرت جميعاً في العقد الباطل (١) .

والمغايرة بين التصرف الأصلي والتصرف الآخر ضرورية للتحول أما مجرد تعديل التكييف للتصرف مع بقاء التصرف ذاته قائماً فليس بتحول: كما إذا كيفت وصية خطأ على أنها بيع فتعديل التكييف الخاطئ ليس تحولاً بل هو تفسير للتكييف الصحيح للتصرف.

(٢) ويجب أن تقوم رابطة بين التصرفين تجعل التصرف الأصلي منطوياً في مجموعة على عناصر التصرف الآخر ولكن لا يشترط أن يتضمن التصرف الأصلي عناصر التصرف الآخر تضمناً فعلياً.

(٣) على أنه لا يجوز أن يضاف إلى التصرف الآخر عنصر جديد لا ينطوي عليه التصرف الأصلي فإذا أضيف عنصر جديد لم يكن هذا تحولاً بل تبقى عناصر العقد القديم كما هي وإنما تكيف تكييفاً قانونياً غير التكييف الأول فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم(٢).

ويشير د. السنهوري هنا إلى وجوب التمييز ما بين: تصحيح العقد ومراجعته وتحوله وإجازته:

---

(١) انظر أيضا د. منذر الفضل النظرية العامة للالتزامات ج ١ ص ٢٤٣ مكتبة دار الثقافة تونس والمراجع المشار إليها فيه – أيضاً د. اياد ملوكي – تحول العقد مجلة العلوم القانونية المجلد ٧ سنة ١٩٨٨م ص١٧٧ وما بعدها – د. جميل الشرقاوي – نظرية بطلان التصرف القانوني ط جامعة القاهرة سنة ١٩٥٩م – د. محمود سعد الدين الشريف نظرية الالتزام ج ١ ص ٢٥٢ بغداد سنة ١٩٥٥م – د. توفيق حسن فرج – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – الدار الجامعية سنة ١٩٨٨م – د. شفيق شحاته – النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ج ١ – طرقا الالتزام – مطبعة الاعتماد. مصر – د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزامات ج ٢ مصادر الالتزام مطبعة نهضة مصر سنة ١٩٥٤م.

(٢) الوسيط – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ج ١ ص ٥٠٢ هامش ط. دار إحياء التراث العربي بيروت.

- فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي إلى جعله صحيحاً.

- وتصحيح العقد غير مراجعة القاضي للعقد فالأول يكون بحكم القانون والثاني يكون من عمل القاضي والتصحيح لا يكون إلا في عقد نشأ معيباً منذ البداية.

- أما مراجعة العقد فقد تكون في عقد نشأ معيباً كإنقاص الالتزام في الاستغلال وفي عقد الإذعان، وقد تكون في عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضي للمسائل غير الجوهرية التي لم يتفق عليها العاقدان وكإنقاص الالتزام المرهق في نظرية الحوادث الطارئة.

- أما تحول العقد فهو استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد، وعدم إدخال أي عنصر جديد هو الذي يميز تحول العقد عن تصحيحه ومراجعته.

ثالثاً: جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذي تحوّل إليه التصرف الأصلي وليست إرادة حقيقية وإلا لما كان هذا تحولاً بل كان إعمالاً للإرادة الحقيقية عن طريق تفسيرها لأن التحول لا يقوم على إرادة حقيقية بل هو استخلاص لإرادة حقيقية ضمنية(١) مفروضة يستخلصها القاضي فيفرضها القانون يستخلصها القاضي من الغاية العملية التي يريد العاقدان الوصول إليها وقد اختار لها طريقاً تبين بطلانه فالعبرة إذن بالغاية العملية لا بالوسيلة القانونية، والتحول يقع في الحدود التي تتحقق فيها نفس الغاية العملية في جوهرها عن طريق التصرف الآخر ولكن كيف يتعرف القاضي على هذه الغاية، يتعرف عليها من واقع التصرف الأصلي ومن كل الظروف المقارنة له وما دام التصرف الآخر يحقق كلياً أو جزئياً هذه الغاية العملية فإن القانون يفرض أن المتعاقدين قد أرادا هذا التصرف.

ومتى توافرت هذه الشروط الثلاثة وقع التحول منذ البداية وانقلب التصرف الأصلي الباطل إلى تصرف آخر ينتج آثاره في الحال ويتم التحول بحكم القانون لا بعمل القاضي، ولا تزيد مهمة القاضي فيه على أن يقرر أن شروط التحول قد توافرت وأن التحول قد وقع

---

(١) الوسيط ج ١ فقرة ٣٠٦.

بحكم القانون، ويجوز للقاضي أن يحكم بوقوع التحول من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب من الخصوم.

الغُصْن الثالث: تفصيل وإيضاح اجتماع شروط تحقق تحول العقد وانقلابه في الفقه الجرماني والقانوني الغربي:

(على حد تعبيرالأستاذ الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري) هي كالتالي:

١- أن تكون بصدد حالة من حالات بطلان التصرف الأصلي أو قابليته للإبطال ومن ثم لا يجوز أن يكون تصرفاً باطلاً في شق منه وصحيحاً في الشق الآخر ومن باب أولى ألا يكون التصرف صحيحاً بذاته أو بتحقق الشرط الواقف أو الفاسخ المعلق عليه لأن العاقدان لا يريدان إذا سقط العقد بمفعول الشرط أن يتحول على عقد آخر.

٢- يجب أن يكون هناك تصرف آخر مغاير يتحول إليه التصرف الباطل ومن ثم فإن تحول العقد هو استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أي عنصر جديد وهذا ما يميز التحول: عن تصحيح العقد وتعديل التكييف الخاطئ للتصرف الذي هو من قبيل تفسير العقد. وكذلك ما يميز التحول عن مراجعة العقد من قبل القاضي وإدخال المسائل الجوهرية فيه وهذه المراجعة قد تلحق العقد الذي نشأ صحيحاً أو نشأ معيباً.

٣- يجب أن تكون هناك رابطة بين التصرفين ولكن لا يشترط أن يتضمن التصرف الأصلي عناصر التصرف الآخر تضمناً فعلياً.

٤- جواز انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة لا الحقيقية إلى التصرف الآخر الذي تحول إليه التصرف الأصلي فالتحول استخلاص الإرادة الحقيقية الضمنية ابتداء المفروضة انتهاء أي يستخلصها القاضي فيفرضها القانون والقاضي يستخلصها من غاية المتعاقدين العملية التي يريدان الوصول إليها ومن الظروف المقارنة الواقعية للتصرف إذ العبرة بالغاية العملية لا

بالوسيلة القانونية التي تبين بطلانها، والغرض من ذلك وضع معيار للقاضي لتحقيق العدالة حيث هو مطالب باستخلاص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد وهذا التكييف القانوني من القاضي يقع تحت رقابة محكمة النقض.

٥- يجب أن يقع التحول في الحدود التي تتحقق فيها نفس الغاية العملية في جوهرها عن طريق التصرف الآخر الذي يحقق كليا أو جزئياً هذه الغاية العملية ومن ثم فإن القانون يفرض أن المتعاقدين قد أراد هذا التصرف.

٦- إذا قرر القاضي أن شروط التحول قد توافرت وتحققت وقع التحول بحكم القانون ويجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلب من الخصوم.

نظرية تحول العقد في القانون نظرية ألمانية(١):

صاغها رجال القانون الألمان في القرن التاسع عشر وأخذ بها التقنين الألماني كقاعدة عامة في نص صريح هو المادة (١٤٠) التي تنص على:

« إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان ».

وعلى نهج القانون الألماني سار واضعوا القانون المدني المصري الجديد.

* * *

---

(١) أ. د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام ج ١ ص ٤٩٨ ط. دار إحياء التراث العربي - بيروت.

المبحث الثالث

قواعد وضوابط تحول العقد وانقلابه في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: مصطلح « تخريج » ومصطلح « تكييف » المسألة:

لقد غلب في لغة الفقهاء قديماً وحتى إلى ما قبل مائة عام على أحسن تقدير مصطلح « تخريج » وذلك لاعتبار جوهري هو أن هذا المصطلح يركن إلى المعيار الموضوعي لا إلى المعيار الشخصي أو الذاتي. والمعيار الموضوعي هو السمة الغالبة إن لم يكن الخصيصة الأساسية في الفقه الإسلامي ومنهجيته في البحث الفقهي للمسائل والموضوعات والعكس في القانون الوضعي إذ يطلب فيه المعيار الذاتي أو الشخصي لانحيازه في الغالب إلى المذهب الفردي أو مذهب الحرية Doctrine Individualists الذي يعني بالفرد ويجعله البداية والغاية من كل تنظيم اجتماعي(١) وعكسه المذهب الاشتراكي، ويترتب على المذهب الفردي - مذهب الحرية - نتيجة هامة من الناحية القانونية هي جعل الإرادة الحرة والعقد في المكان الأول، فما يرتضيه الفرد بإرادته هو الحق والعدل وهذا هو المبدأ المعروف في علوم القانون بمبدأ سلطان الإرادة(٢).

ولعلّ المعنى اللغوي على نحو ما سردناه في المبحث الأول واضح الدلالة في الفرق بين المصطلحين:

فالتخريج بحث الفقيه عن وجهه الشرعي في المسألة.

والتكييف جعل المسألة لها كيفية معينة.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي - المدخل للعلوم القانونية ص ٣١ ط. ١٩٦٢م دار الكتاب العربي.

(٢) انظر هامش رقم ١ من الصفحة التالية.

الفرع الثاني: المنهج الموضوعي والأحكام الجزئية التفصيلية هو ما يميز الفقه الإسلامي عن غيره:

من ليس له دراية ولا دربة في بحور الفقه الإسلامي الزاخرة والقطف من رياضه الناضرة والوقوف على أصوله الثابتة المقدرة والاستئناس بفروعه المحررة ومعرفة نظائر الفروع وأشباهها وضم المفردات إلى أخواتها وأشكالها له نظر بحكم إذا اختلفت الآراء بفصل القضاء وله فهم دقيق ثاقب على أن ذلك ليس من كسب العبد وحده وإنما هو بفضل الله يؤتيه من يشاء(١) .

ولكن الدكتور السنهوري يقول (٢):

قد يصعب القول بأن الفقه الإسلامي يعرف نظرية تحول العقد على النحو الموجود في الفقه الجرماني ولكنه مع ذلك لا يخلو من بعض تطبيقات يمكن تقريبها من فكرة التحول ويشير إلى بعض هذه التطبيقات وقبل الولوج في بسط القول في تصنيف وتوضيح المسألة بمصطلحاتها في الفقه الإسلامي وتفرد منهجيته تشير إلى أن صاحب هذا القول هو القائل أيضاً (٣):

إن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته وتقضي الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامي قريباً من الفقه الغربي فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة بل لعله يبتعد به عن جانب الجدّة والإبداع وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم.

وبالإضافة إلى ما تقدم فإن البعض (٤) يذهب إلى أن نظرية تحويل العقد ليست من إبداعات الفقه المدني الحديث وإنما تصعد هذه النظرية إلى القانون الروماني والفقه الإسلامي حيث نظمت أحكامها وبلغت أعلى درجات التنظيم في كتب الفقه الإسلامي، وهو ما لم تصل إليه الكثير من

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧، ٤ ط. دار الكتب العلمية.

(٢) انظر مصادر الحق ج ٤ ص ٢٩٦ وما بعدها.

(٣) مصادر الحق ج ١ ص ٢ وما بعدها.

(٤) د. منذر الفضل - مصادر الالتزام ج ١ ص ٢٤٢، ٢٤٣ ط. دار الثقافة تونس.

التشريعات المدنية الوضعية إلا حديثاً وأكبر دليل على صحة وصدق هذا المسلك ما أوردنا من أمثلة وحالات تحول العقد وإنقلابه في الفقه الإسلامي في الفرع الثاني من المبحث الأول من هذا البحث.

الفرع الثالث: القواعد والضوابط والأحكام التفصيلية(١):

الغُصْن الأول: خصائص منهجية البحث الفقهي:

من خصائص منهجية البحث الفقهي أنه محكوم بقواعد كلية تتفرع عليها الأحكام التفصيلية في المسائل الجزئية وأن المسائل الجزئية تحكمها ضوابط فرعية فالقاعدة تنتظم أكثر من موضوع والضابط الفقهي في موضوع بعينه.

---

(١) القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص ١٥٥ مشار إليه في المدخل الفقهي العام مرجع سابق ص ١٠٠٢.
يقرر المرحوم الشيخ الزرقاء إن في القواعد تصويراً بارعاً وتنويراً رائعاً للمبادئ والمقررات الفقهية العامة وكشفاً لآفاتها ومسالكها النظرية وضبطاً لفروع الأحكام العملية ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتقة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار وتمهد بينها طريق المقايسة والمجالسة التي قررها الفقهاء - بقصد الأحكام التفصيلية - يستظهر الباحث القواعد المشتركة بين هذه العقود جميعا: فيستخلص منها نظرية عامة للعقد وهذا ما فعله فقهاء الشريعة المعاصرون في مؤلفاتهم الحديثة وهذا ما سنحاوله في بحثنا ونسير فيه على غرار نظريات الفقه الغربي لتيسير المقارنة بين هذا الفقه والفقه الإسلامي. مصادر الحق ج ١ ص ٣٧ هذا فضلاً عن أن الفقه الإسلامي يميل في منهجيته إلى المعيار الموضوعي بخلاف الفقه الغربي فالمعيار فيه يميل إلى الذات ومثال ذلك نظرية انتقاص العقد إذا كان العقد في شق منه باطل أو قابل للإبطال في الفقه الغربي فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله فالفقه الغربي يبحث في نية المتعاقدين على خلاف الفقه الإسلامي إذ المعيار فيه موضوعي ففي حالة ما إذا كان شق من العقد صحيحاً وشق منه باطلاً كبيع عبد وحر أو بيع فاكهة وخمر يبطل العقد كله في المذهب الحنفي لأن بقاء الشق الصحيح وحده يكون بيعاً بالحصة من الثمن ابتداء وهذا لا يجوز ويبطل العقد كله في مذهب أحمد وفي قول في المذهب الشافعي لجهالة العوض لأن العوض هنا لا ينقسم على المحل بالأجزاء فالمعيار إذن موضوعي - مصادر الحق ج ١ ص ٢٩٦ وما بعدها.

الغُصْن الثاني: أهم القواعد الفقهية المتعلقة بموضوع تحول العقود وما يتفرع عنها:

وفي خصوص ما يتعلق ببحثنا نجد من القواعد الفقهية ما يلي:

١) العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني وقد بينّا أثرها في تحول العقود.

٢) إعمال الكلام خير من إهماله أو أولى من إهماله (١): ومعناها أن اللفظ الصادر في مقام التشريع أو التصرف إذا كان حملة على أحد المعاني الممكنة لا يترتب عليه حكم وحمله على معنى آخر يترتب عليه حكم فالواجب حمله على المعنى المفيد لحكم جديد لأن خلافه إهمال وإلغاء وأن كلام العقلاء يصان عن الإلغاء ما أمكن.

ويتفرغ على هذه القاعدة: « إذا تعذرت الحقيقة يصار على المجاز « لأن المجاز عندئذ يتعين طريقاً لإعمال الكلام.

٣) يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد:

ومن ثم جزم بمنع توقيت الضمان وجرى في الكفالة خلاف لأن الضمان التزام للمقصود وهو المال والكفالة التزام للوسيلة أو يفتقر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد.

وكذلك لم تختلف الأمة في إيجاب النية للصلاة واختلفوا في الوضوء (٢).

٤) إذا زال المانع عاد الممنوع (٣).

---

(١) نصت عليها المادة ٦٠ من مجلة الأحكام العدلية - انظر المدخل الفقهي العام ج ٢ ص ٩٤٩ - وفي مقابل القواعد والضوابط يقرر الدكتور السنهوري إنه من الأحكام.

(٢) السيوطي - الأشباه والنظائر - القاعدة ٣٧ ص ١٥٨ ط. دار الكتب العلمية.

(٣) انظر المادة ١٤٣ من مجلة الأحكام العدلية.

فالعقد الفاسد (١) وهو ما شرع بأصله لا بوصفه وأنه بالمعنى الاصطلاحي للفساد مرتبة متوسطة بين الصحة والبطلان، ويترتب على ذلك – فيما نحن بصدده في بحث التحول – نتيجة هامة هي: أن يصبح العقد الفاسد مستحقاً للفسخ بإرادة كل من الطرفين وبحكم القاضي (٢) . ومن ثم يفقد العقد قوته الإلزامية ولا يثبت حكمه بمجرد العقد بل يتراخى حتى تنفيذ العقد بالعقد، وكذلك لا يرتفع الفساد بالإجازة من العَاقدين أو أحدهما بل يبقى العقد مستحقاً للفسخ ولو حصلت الإجازة حتى يزول سبب الفساد (٣):

كما لو كان الفساد لجهالة في أحد العوضين في البيع أو لجهالة نسبة الربح في المضاربة أو الشركة فعين الطرفان العوض أو نسبة الربح المجهولة فعندئذ يزول الفساد وينقلب العقد صحيحاً للقاعدة المذكورة.

وأسباب الفساد في العقود التي يلحقها الفساد وعلى وجه الخصوص العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة أو تنقل الملكية هي: الجهالة والغرر والإكراه (٤) .

الفرع الرابع: ما يؤدي إليه النظر الفقهي في حالات وأحوال: تحول العقد في الفقه الإسلامي:

الغُصْن الأول: المعاني المختلفة للتحول:

يستفاد لنا من معنى التحول والتحويل في الآيتين الكريمتين السابقتين (٥) ومعناه في اللغة

---

(١) صناعة يستقل بها المذهب الحنفي وقال عنه القارفي المالكي في كتابه الفروق « إنه فقه حسن « (الفرق ٧٠) أما بقية المذاهب فالعقد بدون بين الصحة والبطلان وإن تابعا المالكية والشافعية التمييز الحنفي بين الفساد والبطلان في بعض المواضع.

(٢) انظر البدائع للكاساني ج ٥/ ٣٠٠.

(٣) انظر المرجع السابق وقال الكاساني: « الفاسد عندنا قسم آخر وراء الجائز والباطل ».

(٤) انظر المدخل الفقهي العام للمرحوم الشيخ مصطفى الزرقا ج ٢ ص ٦٨٩ وما بعدها.

(٥) انظر ص ٤ وما بعدها واعتمادنا هنا على النص القرآني مرصود ومقصود كي ترد منهجية البحث إبتداء إلى القرآن الكريم وتصدره له، فهو المصدر الأول للتأمل والتدبر والإدراك واكتشاف السنن ووضع القوانين ثم تأتي أو تصاحبه بقية المصادر مع تقديم القرآن على ما سواه.

على نحو ما سبق (١) أن التحول يحمل من المعاني ما يلي:

١- التنقل من موضوع إلى آخر.

٢- التغير والتبدل لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَجِدُ لِسُنَّتِنَا تَحْوِيلًا ﴾ [سورة الإسراء: ٧٧].

٣- النقل أو الانتقال من حال إلى حال ومن صورة إلى أخرى ومن مكان إلى آخر: لقوله تعالى: ﴿ لَا يَبْغُونَ عَنْهَا حِوَلًا ﴾ [سورة الكهف: ١٠٨].

٤- النقل أو التبديل بنوع آخر:

لقوله تعالى: ﴿ فَلَا يَمْلِكُونَ كَشْفَ الضُّرِّ عَنكُمْ وَلَا تَحْوِيلًا ﴾ [سورة الإسراء: ٥٦].

ونخلص هنا أيضاً إلى أن التحول أثر للتحويل ومطاوع له.

وكل هذه المعاني استخدمها الفقهاء تحت مصطلح « التحول » كما أوردته الموسوعة الفقهية الكويتية وجاء فيها أن للتحول أحكام تعتريه وهي تختلف باختلاف مواطنها (٢) وما ذكرناه من أمثلة ونماذج للعقود المتحولة كثير وكثير، ولا تنحصر فقط هذه الأمثلة والحالات في الحالات والشروط التي ذكرها رجال القانون الوضعي الذين لم يتحدثوا في « نظرية تحول العقد » إلا من خلال نظرية بطلان العقد وإبطاله (٣)، وفقط كأحد الآثار العرضية للعقد الباطل (٤) في

---

(١) انظر ص ٦ وما بعدها.

(٢) انظر ص ٦ وما بعدها.

(٣) من المسلم لدينا ولدى فقهاء الفقه المقارن الذين ولجوا الدراسات القانونية أن ما اسماه رجال القانون نظرية البطلان المطلق والبطلان النسبي ويَعْنون به إبطال العقد أي قابليته للإبطال لا يتسق مع نظر فقهاء الفقه المقارن في موضوع بطلان العقد وفساده في الكثير من الأمور فلكل نظام صناعته ولكن تناول ذلك بالشرح والتفصيل يخرج بها عن نطاق هذا البحث.

(٤) د. السنهوري – الوسيط – مصادر الالتزام ج ١ ص ٤٩٦ وما بعدها – د. منذر الفضل – مرجع سابق ص ٢٤١ وما بعدها – د. محمد الزين - مرجع سابق ص ٢٢٩ – مصادر الحق للسنهوري ج ٤ ص ١٠٧ وما بعدها – مرجع سابق – د. علي علي سليمان - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري – ط. ديوان المطبوعات الجامعية.

القانون، فضلاً عن أن هذه النظرية منقولة من القانون والفقه الجرماني كما سبق القول (١) وذلك على التفصيل التالي:

الغُصْن الثاني: في الفقه الإسلامي ليس بلازم أن يكون العقد الأصلي باطلاً مثل حالات(٢):

١- تحول القرض إلى وصية.

٢- تحول المضاربة الصحيحة إلى وكالة وإلى شركة وإلى إجارة فاسدة.

٣- تحول المضاربة من عامة مطلقة إلى خاصة مقيدة.

ما في هذه الحالات من ضوابط:

ولكنا نلاحظ في الأمثلة السابقة وغطاؤها ثلاثة أمور يمكن اعتبارها ضوابط في تحول العقد في الفقه الإسلامي هي:

(أ) الانتقال من العقد الأول إلى عقد جديد في وصفه ورسمه.

(ب) أن العقد الآخر الجديد استجمع شرائطه في الفقه الإسلامي.

(ج) أن الأمر هنا مرده لا إرادة الطرفين في المقام الأول وإنما توافر الشروط الشرعية في التصرف المتحوَّل إليه.

هذا فضلاً عن أن هناك رأياً في الفقه يذهب إلى أن العقد الباطل معدوم والانقلاب لا يكون في معدوم، ويعلق المرحوم الشيخ الزرقاء أن هذا هو الرأي الظاهر الترجيح في الاجتهاد الحنفي وإن كان الأوجه عند الشيخ الزرقاء من يرى انقلابه تنزيلاً على قاعدة العبرة في العقود

---

(١) انظر ص ٢٣ وما بعدها من هذا البحث.

(٢) انظر ص ٧ وما بعدها.

للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وقاعدة إعمال الكلام خير من إهماله، وقاعدة حمل الكلام على المجاز إذا تعذرت الحقيقة.

وعلى هذا الأساس نخلص إلى أنه - خلافاً للقانون الوضعي في نظريته لتحول العقد - لا يُشترط بإطلاق في تحول العقد في الفقه الإسلامي أن يكون التصرف الأصلي أو الأول باطلاً بل قد يكون صحيحاً ولكنه يصير ويتحول إلى تصرف آخر رسمه ووصفه إذا استجمع شرائطه الشرعية في الفقه الإسلامي ونقصد بالشرط هنا معناه: ما يترتب على وجوده الوجود ولا يترتب على عدمه العدم.

الغُصْن الثالث:

تحول العقد لمراعاة مقصد أطرافه ويظهر ذلك فيما يلي:

بيع الوفاء عند من أجازه:

هنا قالوا إن البيع لم يكن مقصوداً من الفريقين بل المقصود هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع، وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين فلم يخرج العقد عن كونه عقد رهن ويجري حكم الرهن فيه. ولو كان بيعاً حقيقياً لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق الطرفين على إقالة البيع (١).

الغُصْن الرابع:

تحول العقد لاعتبار تشريعي اجتهادي ويظهر ذلك في حالات منها (٢):

---

(١) انظر الأمثلة الأخرى ومراعاة قصد المتعاقدين من التصرف ص ١٤ - في بيع الوفاء - انظر المواد (٥٤٨-٥٥٥) من مرشد الحيران والمراجع المشار إليها فيه.

(٢) انظر ما سبق ص ١٦ .

إذا صرح المتعاقدان في عقدهما بنفي الثمن في عقد البيع، والأجرة في عقد الإجارة، فيكون العقد باطلاً لانتفاء حقيقة المعاوضة فيه.

ولكن بعد تقرير البطلان هل ينقلب عقد البيع إلى هبة، وينقلب عقد الإجارة إلى إعارة. ذهب فريق من الفقهاء إلى انقلاب العقد تنزيلاً على ثلاثة قواعد فقهية هي:

أ - قاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ب- قاعدة إعمال الكلام خير من إهماله ما أمكن ومن صور إعماله.

ج- قاعدة حمل الكلام على المجاز إذا تعذرت الحقيقة.

الغُصْن الخامس:

تحول العقد الذي لم تستكمل شرائطه إلى عقد آخر مثل:

- الهبة بشرط العوض (هبة الثواب) يصح العقد ويتحول إلى بيع عند فريق من الفقهاء(١).

- تعليق الهبة على شرط يصّير العقد وعداً.

- انقلاب الوكالة إلى فضالة إذا خالف الوكيل وجاوز الحدود المرسومة له ويتوقف العقد على إجازة الموكل.

- الوديعة تصبح عارية مع الإذن بالاستعمال.

- الحوالة تنقلب كفالة والعكس أيضاً.

---

(١) انظر ص ٨ .

- الوكالة بأجر تتحول إلى إجارة إذا كانت الوكالة بجعل وعوض وأجره:

جاء في روضة الطالبين (١) متى قلنا الوكالة جائزة أردنا الخالية عن الجعل فأما إذا اشترط فيها جعل معلوم اجتمعت شرائط الإجارة، وعقد بلفظ الإجارة فهي لازمة وإن عقد بلفظ الوكالة أمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أم بمعانيها.

وجاء في مغني المحتاج (٢): الوكالة ولو بجعل جائزة من الجانبين أي من جانب الموكل لأنه قد يري المصلحة في ترك ما وكل فيه أو في توكيل آخر ومن جانب الوكيل لأنه قد لا يتفرع فيكون اللزوم مضراً بهما هذا إذا لم يكن عقد الوكالة باستئجار فإن كان بأن عقد بلفظ الإجارة فهو لازم وهذا لا يحتاج إلى استثنائه، وإن عقدت بلفظ الوكالة وشرط فيها جُعل معلوم قال الرافعي فيمكن بناؤه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها وهذان الاحتمالان نقلهما الروياني وجهين وصحح منهما الأول على القاعدة الغالبة في ذلك وهو المعتمد كما جزم بن الجويني في مختصره لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ الوكالة وعلى هذا أيضاً لا يحتاج إلى استثنائه.

* * *

---

(١) ج ٤ ص ٣٣٢ .

(٢) ج ٢ ص ٢٣١، ٢٣٢ .

أهم نتائج البحث وتوصياته

أولاً: التخريج والتكييف:

إن تخريج العقد منوط بالكشف عن الحكم الشرعي الصحيح بطريق الاستنباط من أدلته الشرعية وعلى غرار وضوء الأشباه والنظائر لما له حكم في الفقه الإسلامي.

أما التكييف منوط بالجَعْل لطبيعة المسألة أو التصرف ولذلك يغلب عليه الإنشاء للحكم ابتداء وقد يكون على غير مثال سابق ودور القاضي فيه الكشف عن نية أطراف العقد وقصدهم من العقد أو التصرف ومن ثم فمدار التكييف على الاعتبار الشخصي لا الموضوعي الشرعي دائماً.

لهذا نرجح استخدام مصطلح التخريج في موضوع البحث على مصطلح التكييف الذي يخضع في عمل القاضي لرقابة محكمة النقض، وما تعنيه هذه الرقابة من التعديل أو الإلغاء وكلها تخرج عن التحويل وتدخل في إطار التفسير كما يذكر رجال القانون.

ثانياً: إن التحويل والتمويل ورد في القرآن الكريم واستعمل في لغة الفقهاء ويعني:

- الانتقال من حال إلى أخرى ومن صورة إلى أخرى.
- النقل أو التبديل.
- التغيير.

ثالثاً: أن حالات تحول العقد في الفقه الإسلامي تتنوع وتتعدد وتختلف ولا تقتصر هذه الحالات على العقد الباطل أو القابل للإبطال كما في القانون الوضعي، مع ملاحظة أن نظرية العقد القابل للإبطال نظرية قانونية بحته، وأن الصناعة الفقهية فيها العقد الباطل عند جمهور الفقهاء، والعقد الصحيح وبينهما العقد الفاسد الذي هو اجتهاد حنفي سائغ يختلف عن العقد القابل للإبطال في القانون الوضعي.

رابعاً: استخدم الفقهاء مصطلحات التحول والتحويل والانقلاب عند الانتقال من عقد إلى آخر استجمع شرائطه الشرعية.

خامساً: إن تحول العقد في الفقه الإسلامي تحكمه أصول الصناعة الفقهية وفق منهجية البحث فيه من ذلك:

- قاعدة العبرة في العقود للمعاني والمقاصد لا للألفاظ والمباني.
- إذا تعذرت الحقيقة في الكلام يصار إلى المجاز.
- يغتقر في الوسائل ما لا يغتفره في المقاصد.
- إذا زال المانع عاد الممنوع.

سادساً: يستفاد أيضاً من حالات تحول العقد في الفقه الإسلامي أنه:

- لا يشترط باطلان العقد الأصلي أو الأول فالبطلان والعدم سواء.
- أنه التحول يعني الانتقال من عقد إلى عقد جديد في وصفه ورسمه.
- أن يستجمع العقد الجديد شرائطه الشرعية.
- أن لإرادة الطرفين اعتبار بعد توافر الشروط الشرعية في العقد.
- قد يكون لمقصد الطرفين أثر في إظهار حقيقة العقد والتحول إليها.

سابعاً: إن « نظرية تحول العقد » في القانون أخذ بفكرتها ابتداء القانون الألماني في مادة واحدة هي المادة رقم (١٤٠) ومنها أقام رجال القانون الجرمان نظرية كاملة تسمى بهذا الاسم ووضعوا لها الشروط والضوابط وفرعوا عليها التفريق بين التحول والتكييف والتفسير والصحيح الوارد على العقد، كل ذلك في إطار العقد الباطل أو القابل للإبطال فاختلفت

النظرية في كثير من مبناه ومعناها عن تحول العقد في الفقه الإسلامي بأصالته وشموله وقواعده وضوابطه بما يجعل تحول العقد فيه صناعة فقهية أصيلة في مبناها ومعناها وضوابطها ونطاقها مما يجعل الفقه الإسلامي أكثر رحابة وسعة ومرونة من النظام القانوني في تلبية متطلبات الواقع والاستجابة لحاجات الناس العملية في أدق تفاصيلها الجزئية، وكيف لا والفقه الإسلامي يستند إلى مصادره الشرعية وعلى رأسها القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة واجتهادات الفقهاء وفق منهجية هذا الفقه العظيم.

* * *

consideration that the two contracting parties would want to apply the latter act had they known of the invalidity of the former.

From only the previously mentioned article did German law maker and others formulated a theory, «The contract transformation theory», and included in it what is called the contract liable to invalidation, and formulated a set of conditions, jointly required for its application. The conditions include: the original act should be invalid, the original invalid act should contain elements of the second act to which the original act will be transformed, the possibly desired second, from the two contracting parties, should be legal.

Therefore, the study proves that contract transformation is a well established fiqh methodology, with a wider scope in Islamic fiqh compared to secular law. The study also proves that contract transformation in fiqh is in accordance with its objective methodology and is functional among stable fiqh regulatory framework and that it is applied with conditions and regulations keeping in mind the intentions of the parties involved.

4) A commission agency (wakala be-ajr) contract becomes an «ijara lazema» among some Fuqaha

5) Transfer (Hawala) with liability conditions on the indebted is transformed into a transfer (Hawala) as mentioned by Al Sarakhasi.

6) Vending with coercion (vending bel ikrah gair al moljei>) like under the threat of incarceration and minimal damage, spoils the vending according to Hanafia but does not invalidate it so that ownership is rightful upon cashing and is transformed into a rightful mandatory one upon agreement of the coerced.

* The rule that states that meanings and intentions of a contract are taken into consideration and not the linguistic and format

* In vending and leasing (ijara) contracts if the price and the charges are cancelled, vending contract is transformed to a grant and the leasing contract to a lending one among a group of Fuqaha.

It is thus apparent from the aforementioned cases and similar ones that the transformation of contracts is a well established Fiqh methodology upon which many cases are based. This proves the objectivity of the Islamic Fiqh methodology and the flexibility of Islamic contracts that include rightful regulations fulfilling its best interest.

On the other hand, the study shows that many laws stipulated the contract transformation theory while others have not and that according to the Germanic law and Germanic doctrine in the nineteenth century. The secular German law, article number 140 took into consideration the contract transformation theory and limited it to invalid lawful act that fulfills the conditions of another act provided that the latter will be applied taking into

Contract transformation in Fiqh and law

A Comparative study

The importance of the study lies in the fact that it elucidates the capacity of sharia compliant contract to respond to the sharia compliant practical interest and demands. This preliminary study proved that - on the basis that assimilation has priority over accommodation-- contract transformation is a well established fiqh methodology proved in Quran, linguistics and among fuqaha. Contract transformation in fiqh means changing/ altering/ modifying from one contract to another, and the term Inkilab al akd (transformation/ alteration of the contract) is the most widely accepted among fukaha in the past. Transformation regulations differ according to the situation, i.e:

* The transformation of «al wasf» or « al –haala» including many varieties such as the transformation of al wakala al sahiha to wakala and to sharaka and to invalid ijara

* The transformation of the contract whose terms have not been fulfilled to another, examples include:

1) The transformation of the grant with compensation condition contract to a sale contract with all the terms and conditions associated with a sale contract among some Fuqaha

2) The transformation of the suspended/cancelled contract to a valid one once it has been approved such as the «officious sale» (al Foudoly sale) among some Fuqaha

3) The commission merchant/agent becomes officious when he/she transgresses the limits of his/her agency